

JOLANTA Blicharz

Uniwersytet Wrocławski

RELACJE SEKTORA OBYWATELSKIEGO
Z PAŃSTWEM I SEKTOREM GOSPODARCZYM

Aura wieloznaczności i kontrowersje towarzyszące społeczeństwu obywatelskiemu ogromnie komplikują rzetelną analizę. Dla porządku dobrze więc zacząć od wprowadzenia dwu rozróżnień. Po pierwsze, czym innym jest „przesłanie” społeczeństwa obywatelskiego, a czym innym ono samo jako „instytucja”. Sednem przesłania społeczeństwa obywatelskiego jest teza, że w warunkach istniejącego porządku obywatele zraszają się w celu realizacji różnych zadań na rzecz zarówno jednostkowego, jak i wspólnego dobra. W świetle tego założenia zbiorowość ludzka, której członkowie są obywatelami, podejmuje aktywne uczestnictwo w sferze publicznej lub podejmuje w tym kierunku odpowiednie starania¹. Można powiedzieć, że idea społeczeństwa obywatelskiego wyraża się w funkcjonowaniu różnych grup interesów, które cechuje określony stopień akceptacji wspólnej płaszczyzny zachowań i wartości. Cele i aspiracje określonych grup interesów pomagają kształtować kulturę instytucji, a wymogi instytucjonalne mają wpływ na interpretację i urzeczywistnianie określonych celów.

Drugie rozróżnienie wiąże się z formami samoorganizacji społecznej w celu realizacji idei i obszarami, w których idee te są realizowane. Warunkami sprzyjającymi powstaniu organizacji i instytucji społeczeństwa obywatelskiego są z jednej strony wyposażenie jednostek (obywateli) w zespół praw obywatelskich, politycznych i społecznych, z drugiej zaś – istnienie zinstytucjonalizowanego pluralizmu (występowanie różnorodnych form organizacji działających na zasadzie dobrowolności oraz reprezentujących odmienne interesy).

Z instytucjonalnego punktu widzenia budowa społeczeństwa obywatelskiego wymaga współdziałania organizacji i wspólnot obywateli zarówno z organami państwa, jak i ze światem gospodarki oraz rynku. Jakkolwiek w warunkach demokracji relacje zachodzące między obywatelami i tworzonymi przez nich instytucjami a organami państwa podkreślają ich niezależność i odrębność, nie muszą

¹ Zob. szerzej: I. Ślodka, *Spoleczeństwo obywatelskie na tle historycznego przełomu. Polska 1980–1989*, Instytut Studiów Politycznych PAN, Warszawa 2006, s. 47.

być one relacjami konfliktu. Należy również wziąć pod uwagę i to, że organizacje społeczeństwa obywatelskiego nie rozwijają się bez wsparcia państwa, przede wszystkim bez tworzenia regulacji umożliwiających to działanie od strony prawnej.

Trzeba jednak pamiętać, że między państwem i społeczeństwem obywatelskim mogą występować dwa rodzaje zależności (o charakterze zarówno pozytywnym, jak i negatywnym)². W przypadku zależności pozytywnej państwo tworzy otoczenie sprzyjające powstaniu i prawidłowemu funkcjonowaniu społeczeństwa obywatelskiego. W tych okolicznościach relacje zachodzące między państwem a sektorem organizacji społeczeństwa obywatelskiego opierają się na dynamicznej równowadze i partnerstwie. Można tu przywołać m.in. współpracę organizacji pozarządowych (jako podmiotów tworzących instytucjonalny szkielet społeczeństwa obywatelskiego) z administracją publiczną w sferze wykonywania zadań publicznych. Organizacje pozarządowe, wspomagając administrację publiczną w wypełnianiu zadań publicznych, związanych zwłaszcza z realizacją polityki społecznej, są instytucjami zdolnymi do dostarczania usług ważnych dla wspólnoty – zarówno w formie całkowicie autonomicznej, samopomocowej, jak i w postaci wspieranych przez państwo usług specjalistycznych.

Z kolei zależność negatywna między państwem a społeczeństwem obywatelskim zachodzi w wypadku niedemokratycznego systemu politycznego. Ich podłożem są negatywne postawy członków danej społeczności wobec określonego kształtu ustrojowego i normatywnego państwa. Mamy tu do czynienia ze społeczeństwem obywatelskim przeciwstawiającym się oficjalnemu systemowi władzy³.

Wypada zauważyć, że we współczesnych teoriach społeczeństwa obywatelskiego istnienie tego typu organizacji społecznej jest ściśle łączone z ustrojem liberalnej demokracji. Obszarami przejawiania się postaw i wartości charakterystycznych dla społeczeństwa obywatelskiego są m.in. aktywność grupowa (działalność organizacji pozarządowych, wspólnot lokalnych i samorządowych, nieformalnych grup i ruchów społecznych) oraz świadomość obywatelska. Należy przy tym zaznaczyć, że sama sieć osób, wspólnot i organizacji nie gwarantuje istnienia społeczeństwa obywatelskiego. W świetle tego założenia społeczeństwo obywatelskie nie jest tożsame z danym konkretnym społeczeństwem. Jak podkreśla E. Shils, koniecznym warunkiem istnienia społeczeństwa obywatelskiego jest obywatelska samoświadomość zbiorowa, która decyduje o współuczestnictwie w społeczeństwie oraz o zainteresowaniu poszczególnych jego członków wspólnym dobrem⁴. Co więcej – jak zauważa Ch. Taylor – samo istnienie „poza kuratelą państwa autonomicznych stowarzyszeń” nie jest cechą charakterystycz-

² *Ibidem*, s. 67.

³ W literaturze określanym również jako „społeczeństwo rewolucyjne”, zob. *ibidem*, s. 74.

⁴ Zob. E. Shils, *Co to jest społeczeństwo obywatelskie*, [w:] *Europa i społeczeństwo obywatelskie*, red. K. Michalski, Kraków 1994, s. 13.

ną społeczeństwa obywatelskiego, bo to jedynie „opisuje strukturę publicznego życia społecznego”⁵, ale właśnie istnienie demokracji partycypacyjnej opartej na zasadach dialogu i negocjacji decyduje o poczuciu współuczestnictwa obywateli (ich organizacji) w sferze życia publicznego. Wydaje się, że tylko taka demokracja może realizować zasadę „bliżej obywatela” w związku z zasadami władzy subsydiarnej i w oparciu o filozofię człowieka *in actu* zorientowanego na dobro wspólne⁶.

Ważnym aspektem rozwoju społeczeństwa obywatelskiego przysparzającym kapitału społecznego są nie tylko jego relacje z państwem, lecz także relacje z sektorem gospodarczym. Na szczególną uwagę zasługuje rola instytucji społeczeństwa obywatelskiego w zagospodarowywaniu obszaru ekonomii społecznej (zwłaszcza w formie tworzonych przez nie przedsiębiorstw społecznych). Dynamiczny rozwój instytucji ekonomii społecznej, łączących cele gospodarcze i społeczne, przy nadrzędności tych ostatnich, ma w naszym kraju długą tradycję historyczną. Warto tu przywołać banki ludowe z XIX w., przedwojenne Kasy Stefczyka oraz różne formy spółdzielczości⁷. Współcześnie działalność sektora ekonomii społecznej związana jest w szczególności z poszukiwaniem innowacyjnych i dynamicznych rozwiązań wobec narastających problemów bezrobocia i ekсклюzy społecznej. Można powiedzieć, że aktualne podstawy prawne do budowy gospodarki społecznej w oparciu o działania sektora organizacji pozarządowych stanowią zwłaszcza cztery ustawy: ustawa z 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym⁸, ustawa z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy⁹, ustawa z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej¹⁰ oraz ustawa z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie¹¹.

Pierwsza z tych ustaw zdefiniowała pojęcie osób wykluczonych społecznie oraz pojęcie zatrudnienia socjalnego, mającego na celu reintegrację społeczno-zawodową osób zagrożonych wykluczeniem społecznym przy wsparciu Centrum Integracji Społecznej oraz Klubów Integracji Społecznej, które mogą być tworzone przez wójtów, burmistrzów, prezydentów miast, organizacje pożytku publicznego i organizacje pozarządowe. Wspomniana ustawa także określiła wspierane zatrudnianie socjalne w warunkach robót publicznych lub w ramach własnej działalności w formie spółdzielni.

Z kolei ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy wprowadziła model spółdzielczości socjalnej mającej walczyć z wykluczeniem społecz-

⁵ Zob. Ch. Taylor, *Kiedy mówimy: społeczeństwo obywatelskie*, [w:] *Społeczeństwo obywatelskie*, red. W. Bokajło, K. Dziubka, Wrocław 2001, s. 73.

⁶ Zob. szerzej: W. Bokajło, *Społeczeństwo obywatelskie: sfera publiczna jako problem teorii demokracji*, [w:] *Społeczeństwo obywatelskie...*, s. 64 i 72.

⁷ www.skokstefczyka.pl/pliki/...

⁸ Dz.U. z 2003 r., Nr 122, poz. 1143 (z późn. zm.).

⁹ Dz.U. z 2004 r., Nr 99, poz. 1001 (z późn. zm.).

¹⁰ Dz.U. z 2004 r., Nr 64, poz. 593.

¹¹ Dz.U. z 2003 r., Nr 96, poz. 873 (z późn. zm.).

nym. W ustawie tej znowelizowano ustawę Prawo spółdzielcze, wprowadzając możliwość stworzenia nowego typu spółdzielni – spółdzielni socjalnej, jako specyficznego rodzaju spółdzielni pracy, nienastawionej na zysk. Podniesienie rangi instytucji spółdzielni socjalnych (łączyących zalety spółdzielczości i organizacji pozarządowych) nastąpiło przez uchwalenie dla nich odrębnej ustawy z 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych¹².

Obecnie spółdzielnie socjalne jako podmiot ekonomii społecznej mogą prowadzić zarówno działalność gospodarczą, nienastawioną na zysk (nadwyżka bilansowa przeznaczona na reintegrację zawodową i społeczną wolna jest od podatku), jak i działalność statutową, która prowadzona jest na zasadach analogicznych do zasad zawartych w ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie.

Jeżeli chodzi o ustawę o pomocy społecznej, to określiła ona procedury kontraktowania usług z zakresu pomocy społecznej oraz wprowadziła nowe narzędzie pomocy społecznej – kontrakt socjalny i jego relacje z sektorem gospodarki społecznej¹³. Natomiast ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie określiła zasady współpracy sektora publicznego i pozarządowego w sferze realizacji zadań publicznych, oparte na: pomocniczości, suwerenności stron, partnerstwie, efektywności, uczciwej konkurencji i jawności.

Można powiedzieć, że instytucje ekonomii społecznej (spółdzielnie, stowarzyszenia ubezpieczeń społecznych, stowarzyszenia prowadzące działalność gospodarczą oraz niektóre fundacje) uzupełniają lukę w gospodarce, w której tradycyjne przedsiębiorstwa nie funkcjonują ze względu na brak wystarczającej opłacalności. Dodajmy, że instytucje ekonomii społecznej są nie tylko praktyczną odpowiedzią samoorganizujących się obywateli na niedostatki gospodarki rynkowej i państwowej opieki socjalnej, ale też sprzyjają rozwojowi demokracji uczestniczącej poprzez nową wizję przedsiębiorczości społecznej.

Sz szczególnie sporne w literaturze jest zagadnienie związku społeczeństwa obywatelskiego z funkcjonowaniem rynku ekonomicznego. W literaturze przyjmowana jest koncepcja, zgodnie z którą gospodarka rynkowa otwiera możliwości kształtowania się ekonomicznych postaw aktywności obywateli. Argumentuje się bowiem, że forma organizacji społeczeństwa obywatelskiego pojawia się wyłącznie na podłożu rozwiniętej gospodarki rynkowej. Według Ch. Taylora warunkiem *sine qua non* budowy społeczeństwa obywatelskiego jest odpaństwowienie gospodarki i uspołecznienie rynku. Autor wskazuje, że tylko pod

¹² Dz.U. z 2006 r., Nr 94, poz. 651.

¹³ Kontrakt socjalny jest nowym elementem postępowania, który pojawił się wraz z nową ustawą o pomocy społecznej. To pisemna umowa zawarta z osobą ubiegającą się o pomoc, określająca uprawnienia i zobowiązania stron umowy, w ramach wspólnie podejmowanych działań zmierzających do przezwyciężenia trudnej sytuacji życiowej osoby lub rodziny. Pracownik socjalny może zawrzeć kontrakt z osobą lub rodziną w trudnej sytuacji życiowej. Kontrakt określa zasady współdziałania tych osób z ośrodkiem pomocy społecznej. Odmowa zawarcia kontraktu socjalnego lub niedotrzymanie jego postanowień mogą stanowić podstawę do odmowy przyznania świadczenia, uchylenia decyzji o przyznaniu świadczenia lub wstrzymania świadczeń pieniężnych z pomocy społecznej.

tym warunkiem możliwe jest stworzenie sfery negocjacji interesów społeczno-ekonomicznych¹⁴.

Prócz przedstawionej koncepcji na uwagę zasługuje argument wskazujący na rolę czynników pozaekonomicznych (ideologicznych, społecznych, religijnych, kulturowych, etnicznych i politycznych) w kształtowaniu organizacji społeczeństwa obywatelskiego¹⁵. Zdaniem I. Słodkowskiej „brak rynku w jego rozwiniętej postaci nie może być uznany za przesłankę twierdzenia, że [...] zarówno w okresie poprzedzającym przejście ustrojowe, jak i w jego trakcie społeczeństwo obywatelskie w Polsce nie istniało”¹⁶. Autorka stawia przy tym tezę, że „możliwe jest zbudowanie społeczeństwa obywatelskiego w warunkach nierozwiniętego rynku i dominacji sektora państwowego w gospodarce”¹⁷. Ponadto w piśmiennictwie akcentuje się służebny charakter gospodarki rynkowej wobec społeczeństwa obywatelskiego. Tak np. E. Shils wskazuje, że „społeczeństwo obywatelskie nie jest rynkiem, aczkolwiek buduje miejsce dla rynku i otwiera przed nim możliwości”¹⁸.

W dyskusji o przyszłej roli sektora instytucji społeczeństwa obywatelskiego, w szczególności organizacji pozarządowych, tworzących sektor nierynkowej gospodarki społecznej, dominują dwa poglądy. Pierwszy z nich przyszłość tego sektora widzi w obszarze świadczenia usług społecznych (jako konsekwencji reformy menedżerskiej dokonującej się w sektorze publicznym). Dodajmy, że mechanizmy kontraktowe, stanowiące podstawę realizacji zadań publicznych przez podmioty prawa prywatnego (m.in. organizacje pozarządowe) nie tylko dotyczą sfery społecznej (pomoc społeczna, ochrona zdrowia, pomoc niepełnosprawnym, programy rynku pracy), lecz także są wykorzystywane w sferze zarządzania rozwojem, szczególnie z użyciem formuły partnerstwa publiczno-prywatnego¹⁹. Drugi pogląd – prezentowany przez wielu teoretyków – podkreśla potrzebę sojuszu sektora publicznego i sektora *non-profit* przed nadmiernym urynkowaniem usług społecznych, uniemożliwiając kreowanie nowych nierówności społecznych. Ponadto wskazuje się, że sektor trzeci (społeczny) może stać się narzędziem tworzenia ery postrynkowej²⁰.

¹⁴ Zob. Ch. Taylor, *op. cit.*, s. 53.

¹⁵ I. Słodkowska, *op. cit.*, s. 60.

¹⁶ *Ibidem*, s. 56–57.

¹⁷ *Ibidem*, s. 22.

¹⁸ *Ibidem*, s. 57.

¹⁹ W literaturze przedmiotu podnosi się, że kontrakty zawierane przez właściwe instytucje publiczne z podmiotami prawa prywatnego (m.in. organizacjami pozarządowymi) stanowią współcześnie ważny element szerszego zjawiska tzw. kultury kontraktowej w systemie administracji publicznej powiązanej z koncepcją nowego zarządzania publicznego (*New Public Management* – NPM) uznającego kontrakt za podstawową formę zapewnienia wykonania zadań publicznych, zob. H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 112.

²⁰ Kwestię tę szerzej omawia K. Leśniak-Moczuk, *Podstawy polityki społecznej w społeczeństwie globalnym*, [w:] *Ekсклюzyja i inkluzja społeczna. Diagnoza – uwarunkowania – kierunki działań*, red. J. Grotowska-Leder i K. Faliszek, Toruń 2005, s. 55 i n.

Jakkolwiek sektor organizacji pozarządowych (jako podstawowych instytucji społeczeństwa obywatelskiego) tworzy jeden z mechanizmów pokonywania niedoskonałości gospodarki rynkowej, to jednak nie można postrzegać działalności tego sektora jako uniwersalnego środka służącego do rozwiązania wszystkich problemów społecznych. Chodzi o to, aby model stosunków między sektorami publicznym, komercyjnym i *non-profit* był oparty na wzajemnej zależności, w której jest miejsce na kompetencje każdego z nich, a nie dominację któregośkolwiek z nich. Taki model uzasadnia obecność organizacji sektora obywatelskiego nie tylko w roli dostawcy usług, ale także jako podmiotów definiujących potrzeby społeczne, a zatem wypełniających funkcje rzecznicze.

Znaczny wpływ na pozycję sektora *non-profit* w sferze stosunków społeczno-gospodarczych będzie miała implementacja tzw. dyrektywy usługowej (tj. dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym; dalej: DU)²¹. Trzeba zaznaczyć, że celem dyrektywy usługowej jest eliminacja barier w sektorze usług i zapewnienie zrównoważonego rozwoju UE, wzmocnienie konkurencyjności i swobodnego przepływu usług między państwami członkowskimi. Kontrowersje wokół niej wzbudza głównie duży zakres liberalizacji. Dyrektywa obejmuje prawie wszystkie usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, stanowiące „aktywność ekonomiczną”, której kryterium stanowi odpłatność. Kwestią sporną pozostaje dość duży zakres wyłączeń spod jej obowiązywania „usług o charakterze nieekonomicznym świadczonych w interesie ogólnym” (art. 2 DU). Nie ma wątpliwości, że niektóre z wyłączonych w powyższym artykule usług są świadczone z reguły odpłatnie z tzw. powodów ekonomicznych, co oznacza, że w przypadku braku ich wyłączenia dyrektywa usługowa miałaby do nich zastosowanie. Wyłączeniu podlegają m.in. usługi: finansowe, sieci komunikacji elektronicznej, w dziedzinie transportu, agencji pracy tymczasowej, audiowizualne, działalności hazardowej, ochrony osobistej oraz świadczone przez notariuszy i komorników powołanych na mocy aktu urzędowego. Ponadto spod zakresu stosowania dyrektywy wyłączone są także jeszcze dwa rodzaje usług, a mianowicie:

1) usługi zdrowotne niezależnie od tego, czy są one świadczone w placówkach opieki zdrowotnej, a także niezależnie od sposobu ich zorganizowania i finansowania na poziomie krajowym oraz tego, czy są to usługi publiczne czy prywatne (art. 2 ust. 2 lit. f DU); wyłączenie to ma zastosowanie do usług medycznych i farmaceutycznych świadczonych przez pracowników ochrony zdrowia celem oceny stanu zdrowia pacjenta, jego utrzymania lub umożliwienia powrotu do zdrowia, jeżeli taka działalność zarezerwowana jest jedynie dla przedstawicieli regulowanych zawodów medycznych w państwie członkowskim, w którym usługi są świadczone (pkt 22 preambuły DU);

²¹ Dz.Urz. UE 2006 L 376/36.

2) usługi społeczne świadczone na poziomie krajowym, regionalnym lub lokalnym – przez usługodawców upoważnionych do tego przez państwo lub organizacje charytatywne uznane za takie przez państwo, związane z budownictwem socjalnym, opieką nad dziećmi oraz pomocą rodzinom i osobom będącym stale lub tymczasowo w potrzebie (art. 2 ust. 2 lit. j DU); chodzi tu o zapewnienie wsparcia osobom stale lub tymczasowo szczególnie potrzebującym z powodu ich niewystarczającego dochodu rodzinnego, całkowitego lub częściowego braku niezależności oraz osobom, którym grozi marginalizacja; dyrektywa nie powinna mieć wpływu na te usługi, gdyż są one niezbędne do zagwarantowania podstawowych praw do godności i uczciwości ludzkiej oraz wyrażają zasady spójności i solidarności społecznej (pkt 27 preambuły DU).

Jakkolwiek powyższe usługi (zdrowotne i socjalne) wyróżniają się cechami charakterystycznymi dla interesu ogólnego w porównaniu z innymi rodzajami usług o charakterze nieekonomicznym świadczonych w interesie ogólnym, nie oznacza to, że nie mogą mieć one charakteru gospodarczego. Co więcej, w ustawodawstwach krajowych państw członkowskich coraz więcej usług użyteczności publicznej (w tym usług socjalnych) przejmuje sektor prywatny. Wynika to w znacznej mierze z tego, że otwarcie usług interesu ogólnego prowadzi do wzrostu konkurencji, podnoszenia jakości świadczonych usług oraz zwiększa przejrzystość ich finansowania. Zapisy dyrektywy otwierają więc nową problematykę w sferze działalności organizacji „trzeciego sektora”. Jej pełna realizacja będzie wymagała wielu zabiegów prawnych. W szczególności konieczne jest wypracowanie odpowiednich mechanizmów, w tym wyznaczenia obszaru usług pożytku publicznego i form prawnych ich realizacji.

Warto także podkreślić, że pomimo znacznych różnic w organizacji usług socjalnych w państwach członkowskich, można zaobserwować tendencję do postrzegania ich coraz bardziej w kategoriach rynkowych (gospodarczych) niż niegospodarczych. Wynika to przede wszystkim z rosnącej skali *outsourcingu* takich usług, decentralizacji organizacji tych usług na poziom lokalny lub regionalny, a także rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego (*Private Public Partnership* – PPP). W odniesieniu do formuły PPP trzeba jednak zaznaczyć, że wprawdzie nie istnieje żaden akt prawny, który podawałby legalną definicję PPP w Unii Europejskiej, jednak na podstawie dotychczasowej praktyki państw członkowskich, w których ustawodawstwach są zawarte uregulowania dotyczące tej dziedziny, Komisja Europejska postarała się stworzyć pewną ogólną definicję o brzmieniu następującym: „wszelkie formy kooperacji między władzami publicznymi a światem biznesu, których celem jest zapewnienie środków finansowych, budowy, odbudowy, zarządzania albo utrzymania infrastruktury bądź dostarczanie usług”²². Powyższa konstrukcja stanowiąca określenie zbiorcze dla ogółu zjawisk głównie

²² Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions, COM (2004), 327.

ekonomicznych wskazuje po jednej stronie zaangażowanie państwa (władz publicznych), a po drugiej kapitału prywatnego (także w formach charakterystycznych dla organizacji trzeciego sektora) w wykonaniu określonych przedsięwzięć.

Jakkolwiek usługami w rozumieniu Traktatu są świadczenia, które są wykonywane z reguły „odpłatnie”, to jednak sama odpłatność za dane świadczenie nie jest jeszcze wystarczającą przesłanką uznania go za usługę w rozumieniu Traktatu. Jednocześnie dane świadczenie powinno być wykonywane w wyraźnym celu zarobkowym. Ale pobieranie przez usługodawcę określonych opłat nie przesądza o zarobkowym charakterze danej działalności i nie wystarcza do uznania jej za usługę. Potwierdzeniem tego, że na miano działalności usługowej (w rozumieniu Traktatu) zasługuje jedynie taka odpłatna działalność, która jest podejmowana w wyraźnym celu zarobkowym, jest orzeczenie ETS w sprawie C-109/92 *Wirth*²³ stwierdzające, że gdy chodzi o nauczanie publiczne, dzięki któremu państwo zamierza spełniać swe zadania społeczne, kulturalne i oświatowe i którego koszty są w przeważającej mierze ponoszone przez to państwo, brak jest wówczas usługi świadczonej za wynagrodzeniem. Również w sprawie *Humbel*²⁴ Trybunał uznał, że działalność polegająca na organizowaniu i utrzymywaniu przez państwo narodowego systemu edukacyjnego nie jest działalnością podejmowaną w celu zarobkowym. Oceny tej nie może przy tym zmienić to, że uczestniczący we wspomnianym systemie edukacyjnym uczniowie lub też ich rodzice czasem muszą ponosić pewne opłaty na rzecz szkół (opłaty wpisowe). W konsekwencji tego typu działalność (podejmowana przez państwo) nie jest działalnością usługową w rozumieniu art. 50 TWE. W świetle powyższych orzeczeń wynika niezbicie, że fakt pobierania przez usługodawcę określonych opłat nie przesądza sam przez się o zarobkowym charakterze danej działalności i nie wystarcza do uznania jej za usługę. Nie znaczy to jednak, że każda działalność tradycyjnie uznawana za działalność publicznie pożyteczną nie może być uznana za działalność usługową w rozumieniu Traktatu. Przykładowo, jeżeli podmiot wykonujący określoną działalność działa jednocześnie w celu zarobkowym (np. prowadzi dom pomocy społecznej) i pobiera z tego tytułu określone opłaty, to działalność taką należy uznać za działalność ekonomiczną, mieszczącą się w traktatowym pojęciu usługi. Niezależnie od tego usługodawca może realizować także inne niemające komercyjnego charakteru określone zadania²⁵.

Jakkolwiek prawodawca wspólnotowy, wykluczając spod definicji spółki w art. 48 TWE podmioty nienastawione na zysk, kierował się głównie założeniem, że wyróżnione podmioty nie prowadzą działalności gospodarczej, to jednak polski ustawodawca zezwala podmiotom trzeciego sektora (niedziałającym co do zasady dla zysku) na prowadzenie działalności gospodarczej, z tym że osiągnięty przez

²³ C-109/92 *Wirth* (Zb. Orz. 1993, L-6447), pkt 15, 16.

²⁴ Orzeczenie ETS w sprawie 263/86 *Belgia przeciwko Humbel*, Zb. Orz. 1988, s. 5365.

²⁵ Orzeczenie ETS w sprawie C-70/95 *Sodemare przeciwko Regione Lombardia*, Zb. Orz. 1997, s. 3395.

nie zysk musi być przeznaczony na realizację celów statutowych. Niewątpliwie podmioty *non-profit*, prowadząc działalność gospodarczą, dążą jednak do wypracowania jakiegoś zysku. Z tego względu można uznać, że wykluczenie przez art. 48 TWE podmiotów działających nie dla zysku dotyczy niegospodarczej sfery działalności tych podmiotów. Zatem sam status organizacji *non-profit* nie może przesądzać o niestosowaniu przepisów o swobodach rynku wewnętrznego oraz o ochronie konkurencji do wszelkich aspektów działalności tych organizacji.

Warto przy tym wspomnieć, że w poglądach KE oraz w orzecznictwie Trybunału można zauważyć tendencję do bardzo szerokiego rozumienia „odpłatności” i „działalności gospodarczej”, co skutkuje zawężeniem kategorii usług niegospodarczych. Z utrwalonego orzecznictwa ETS wynika, że „działalność gospodarczą stanowi każda działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku”. Z kolei w jednym z orzeczeń odnoszących się do definicji przedsiębiorcy Trybunał uznał, że przez „przedsiębiorstwo” rozumie się każdy podmiot zaangażowany w działalność gospodarczą bez względu na jego status prawny i sposób finansowania²⁶. Wskazówką zaś, jak należy rozumieć termin „działalność gospodarcza”, jest przede wszystkim decyzja Komisji w sprawie *Film Purchases by German Television Stations*²⁷, gdzie zdefiniowano ją jako „każde działanie polegające na oferowaniu dóbr i usług na rynku bez względu na to, czy działanie to jest nastawione na zysk, czy nie, o ile mogłoby być prowadzone przez prywatnego przedsiębiorcę dla osiągnięcia zysku”²⁸. Jasno wyraża to również Adwokat Generalny Jacobs w opinii w sprawie *Albany*, stwierdzając, że status podmiotu niedziałającego dla zysku oraz fakt, że podmiot ten realizuje co do zasady zadania niegospodarcze, nie mają znaczenia dla uznania tego podmiotu za przedsiębiorcę²⁹. W świetle dotychczasowych doświadczeń praktyki i orzecznictwa wspólnotowego należy stwierdzić, że charakter organizacji, która co do zasady realizuje zadania niegospodarcze (ma charakter niedochodowy), nie przesądza automatycznie o jej działalności jako nieekonomicznej. W praktyce oznacza to, że jeden podmiot może być zaangażowany w działalność zarówno niegospodarczą na zasadzie charytatywnej, jak i gospodarczą, w związku z czym część jego działalności nie podlega regułom konkurencji, a część tym regułom podlega.

Z punktu widzenia skutków implementacji tzw. dyrektywy usługowej na działalność instytucji społeczeństwa obywatelskiego (w szczególności podmiotów „trzeciego sektora”) należałoby w pierwszej kolejności podnieść kwestię oceny zakresu działalności odpłatnej i nieodpłatnej pożytku publicznego w świetle ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. W rozumieniu ustawodawcy nieodpłatną działalnością pożytku publicznego jest zgodnie z art. 6 ustawy świadczenie na podstawie stosunku prawnego usług, za które organizacja pozarządowa

²⁶ Sprawa C-41/90 Höfner i Elser, Zb. Orz. 1991, I-1979.

²⁷ Decyzja Komisji 89/536/EEC z dnia 15 września 1989 r.

²⁸ Dz.Urz. z 1989 L 284/36.

²⁹ Opinia Adwokata Generalnego Jacobsa w sprawie *Albany*, Zb. Orz. 1999, I-5754 pkt 312.

i podmioty wskazane w art. 3 ust. 3 ustawy nie pobierają wynagrodzenia. Z kolei działalnością odpłatną jest działalność w zakresie wykonywania zadań należących do sfery zadań publicznych, w ramach realizacji przez organizację pozarządową i wskazane podmioty celów statutowych, za którą pobiera wynagrodzenie, a także sprzedaż towarów albo usług wytworzonych lub świadczonych przez osoby bezpośrednio korzystające z działalności pożytku publicznego, w szczególności w zakresie rehabilitacji oraz przystosowania do pracy zawodowej osób niepełnosprawnych. Jest nią również sprzedaż przedmiotów darowizny na cele prowadzenia działalności pożytku publicznego. Dodatkowym warunkiem stawianym przez ustawodawcę w zakresie odpłatnej działalności pożytku publicznego jest obowiązek przeznaczania uzyskanych w ten sposób dochodów wyłącznie na realizację zadań ze sfery zadań publicznych lub celów statutowych organizacji (art. 8 ust. 1 i ust. 2). Jakkolwiek pobieranie wynagrodzenia powoduje, że działalność pożytku publicznego staje się działalnością odpłatną, to jednak pobieranie wynagrodzenia wyższego od tego, jakie wynika z kalkulacji bezpośrednich kosztów tej działalności, czyni z niej działalność gospodarczą (art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy).

W świetle powyższego można stwierdzić, że polski ustawodawca krajowy zezwala na to, aby podmioty niedziałające (co do zasady) dla zysku mogły prowadzić działalność gospodarczą, z tym że osiągnięty przez nie zysk musi być przeznaczony na realizację celów statutowych. Warto też zwrócić uwagę, że niezależnie od tego, czy dana działalność jest odpłatna czy też nie, w pewnym uproszczeniu może zostać uznana za szczególny rodzaj działalności usługowej. Jednakże w odniesieniu do odpłatnej działalności pożytku publicznego chodzi nie tylko o świadczenie usług, ale także o sprzedaż towarów wytworzonych przez osoby bezpośrednio korzystające z działalności pożytku publicznego. Z tego względu niekiedy może ona mieć w ograniczonym zakresie także charakter wytwórczo-handlowy³⁰.

Nawiązując do regulacji prawnej zawartej w ustawie z 2003 r., należy stwierdzić, że usługi świadczone przez organizacje trzeciego sektora w obszarze działalności gospodarczej mają charakter ekonomiczny. Wynika to z tego, że ustawodawca, odnosząc się do działalności gospodarczej, powołuje jej ogólną regulację, którą stanowi ustawa o swobodzie działalności gospodarczej³¹. W kontekście tej ustawy działalnością gospodarczą jest działalność zarobkowa, czyli zakładająca uzyskiwanie z jej tytułów określonych wpływów (korzyści). Oznacza to, że podmioty trzeciego sektora, prowadząc działalność gospodarczą, będą traktowane według rygorów właściwych komercyjnej działalności gospodarczej (np. w kontekście wymogów rejestracyjnych). Można powiedzieć, że w danym przypadku podmioty te działają jako przedsiębiorcy.

³⁰ Zob. R. Golał, *Działalność pożytku publicznego i wolontariat*, Warszawa–Jaktorów 2005, s. 21.

³¹ *Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej*, Dz.U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

Nadto usługami o charakterze gospodarczym będą usługi realizowane przez podmioty trzeciego sektora na zasadach i w trybie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Konstrukcja PPP daje możliwość czerpania profitów z realizowanego przedsięwzięcia partnerowi prywatnemu (np. organizacji pozarządowej), co pozwala zarówno pokryć jego koszty, jak i wygenerować zadowalający zysk. Partner prywatny jest tu potencjalnym inwestorem działającym na rynku gospodarczym. Należy też zwrócić uwagę, że jakkolwiek dominacja formuły otwartego konkursu ofert stanowi zasadę, przy zleceniu realizacji zadań podmiotom prowadzącym działalność pożytku publicznego, to jednak konkurencję dla powyższej formuły stanowi procedura udzielania zamówień publicznych, o czym sygnalizuje przepis art. 11 ust. 4 ustawy z 2003 r., usprawiedliwiając niejako korzystanie z procedur zamówień publicznych możliwością bardziej efektywnego zrealizowania powierzonego zadania. Warto dodać, że cena usług dostarczanych w ramach systemu zamówień publicznych obejmuje nie tylko koszt wykonania usług, ale także zysk gospodarczy dla podmiotu wykonującego zamówione usługi. Stosowanie trybu przetargowego powoduje, że mamy do czynienia w gruncie rzeczy z wprowadzeniem mechanizmów rynkowych do sfery świadczeń usług pożytku publicznego. Również w danym przypadku działalność usługodawców ma charakter rynkowy (gospodarczy).

Utrwalone jest również orzecznictwo co do działalności usługowej w obszarze socjalnym. Trybunał ocenił zgodność z art. 43 TWE ustawodawstwa krajowego uzależniającego przyjęcie prywatnych podmiotów prowadzących domy spokojnej starości od spełnienia warunku, że dany prywatny podmiot działa na zasadzie *non-profit*. Trybunał uznał, że działalność ta stanowi działalność gospodarczą w rozumieniu Traktatu. Jednakże Trybunał stwierdził także, że przedmiotowy warunek jest zgodny z art. 43 TWE. Trybunał stwierdził również, że świadczenie usług transportu sanitarnego oraz usług przewozu pacjentów przez organizacje pomocy medycznej stanowi działalność gospodarczą dla celów zastosowania zasad konkurencji. Jednakże należy zaznaczyć, że w odniesieniu do usług transportowych zapisy dyrektywy usługowej nie będą miały do nich zastosowania, gdyż usługi te zostały wyłączone z zakresu obowiązywania dyrektywy.

Warto również wspomnieć, że ocena działalności w sferze pożytku publicznego w świetle stosowania do niej dyrektywy usługowej odnosić się również będzie do spółdzielni socjalnych, których działalność uregulowana została w ustawie z 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych³². Generalnie instytucja spółdzielczości socjalnej traktowana jest jako jeden z elementów polityki zmierzającej do ograniczenia zjawiska marginalizacji i wykluczenia społecznego, a tym samym stanowi istotny składnik ekonomii społecznej. Świadczy o tym trwałe połączenie w danej instytucji zarówno elementu przedsiębiorczości (przedmiotem działalności spółdzielni jest prowadzenie wspólnego przed-

³² Dz.U. z 2006 r. Nr 94, poz. 651.

siębiorstwa w oparciu o osobistą pracę członków), jak i elementu społecznego (celem spółdzielni jest społeczna i zawodowa reintegracja jej członków), przede wszystkim osób bezrobotnych i osób niepełnosprawnych. W trybie przepisów omawianej ustawy spółdzielnie socjalne mogą prowadzić działalność społeczną i oświatowo-kulturalną na rzecz swoich członków oraz ich środowiska lokalnego, a także działalność społecznie użyteczną w sferze zadań publicznych określonych w ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Wskazać przy tym należy, że w literaturze przedmiotu spółdzielnie socjalne traktuje się jako szczególną kategorię przedsiębiorstw, uważanych jednak za instytucje czwartego sektora, tj. formy zabezpieczenia społecznego powiązane z działalnością rynkową³³. Konstatając, należy podnieść, że działalność pożytku publicznego nie jest co do zasady działalnością gospodarczą, choć wyjątkowo status tego rodzaju działalności może zostać jej przypisany (por. art. 6 ustawy z 2003 r.). Choć przepisy Traktatu dotyczące swobód rynku wewnętrznego, a także reguły konkurencji znajdują zastosowanie jedynie wobec przedsiębiorców, to jednak na gruncie utrwalonego orzecznictwa wspólnotowego, zwłaszcza w obszarze prawa ochrony konkurencji, wynika, że dla określenia statusu przedsiębiorcy (a co za tym idzie, możliwości stosowania wspólnotowych reguł konkurencji) daleko większe znaczenie ma przedmiotowy i finansowy wymiar analizowanej działalności niż charakter wykonującego go podmiotu.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy stwierdzić, że:

– po pierwsze, gospodarka rynkowa nie tylko otwiera możliwości kształtowania się ekonomicznych postaw instytucji społeczeństwa obywatelskiego (w szczególności podmiotów trzeciego sektora), lecz także sprzyja rozwojowi demokracji uczestniczącej poprzez nową wizję przedsiębiorczości społecznej;

– po drugie, ze względu na to, że problematyka usług interesu ogólnego, a także usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym ma różne wymiary, a realizacja przyjętych założeń przebiega na wielu płaszczyznach oraz w różnym zakresie przedmiotowym, wprowadzenie tzw. dyrektywy usługowej będzie musiało się wiązać z nowymi definicjami na poziomie ustawodawstwa krajowego w zakresie pojęć „usługi gospodarczej” oraz „usługi niegospodarczej”, także wyznaczeniem granic między tym, co jest, a tym, co nie jest objęte zakresem badanych pojęć. Rozróżnienie zakresu tych terminów powinno być dokonywane również w świetle dorobku prawnego (w tym orzeczniczego i decyzyjnego) Unii Europejskiej. Zatem problem owego *dostosowania* pozostaje wciąż otwarty. Jakkolwiek zgodnie z zasadą subsydiarności państwa członkowskie powinny mieć możliwość swobodnego rozróżniania między usługami gospodarczymi i niegospodarczymi w ogólnym interesie, to jednak, ze względu na zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego nad prawem krajowym, należy też wziąć pod uwa-

³³ Zob. H. Izdebski, *Spółdzielnie socjalne a organizacje pozarządowe – przewidywane skutki Ustawy o spółdzielniach socjalnych*, www.liskow.org.pl/files/Ekspertyzy...

gę możliwość ewentualnych modyfikacji takich definicji pod wpływem rozwoju orzecznictwa i prawodawstwa wspólnotowego;

– po trzecie, w kontekście dyrektywy usługowej, kwestią zasadniczą będzie też problem doprecyzowania zarówno istoty „pożytku publicznego”, jak i zakresu pojęciowego organizacji tzw. trzeciego sektora. Jakkolwiek trzeci sektor stał się punktem styczności różnych koncepcji, zasadniczo „sektora niedochodowego” i „gospodarki społecznej”, które choć opisują rzeczywistości o znacznych obszarach wspólnych, nie pokrywają się w pełni. Mimo że ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie kojarzona jest z kategorią podmiotów wspierających przedsięwzięcia społecznie użyteczne, to jednak określenie podmiotów realizujących cele pożytku publicznego wymagałoby nowej definicji prawnej celem zmniejszenia możliwości ewentualnych nadużyć statusu tych instytucji przez inne podmioty;

– po czwarte, choć działalności pożytku publicznego co do zasady nie powinien być przypisywany status działalności gospodarczej, nie oznacza to jednak, że działalność ta nie może być postrzegana w kontekście społecznej użyteczności (np. działalność pożytku publicznego polegająca na wspomaganiu rozwoju gospodarczego i mająca na celu stworzenie lepszych warunków rozwoju gospodarczego czy stworzenie lepszych warunków życia ludności na danym obszarze jest niewątpliwie zjawiskiem społecznie użytecznym). Jest to również nowe wyzwanie – nowy problem dla ustawodawcy. Pozycja prawna organizacji trzeciego sektora jako podmiotów realizujących działalność pożytku publicznego została w przepisach prawnych określona, wobec tego należałoby oczekiwać, że nowe regulacje powinny do tych obowiązujących już zasad nawiązywać i w przyjętym kierunku je rozwijać.